Sygn. akt: KIO 915/22

POSTANOWIENIE
z dnia 19 kwietnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w Warszawie w dniu 19 kwietnia 2022 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 kwietnia 2022 r. przez wykonawcę Thales Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Gen. Józefa Zajączka 9 w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Targowa 74

postanawia:

1. Umorzyć postępowanie,

2. Nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy Thales Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Gen. Józefa Zajączka 9 tytułem zwrotu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt KIO 915/22

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na Zaprojektowanie i budowę nowych urządzeń srk na stacji kolejowej Zawiercie oraz roboty towarzyszące

w ramach projektu pn. Modernizacja linii kolejowej nr 4 - Centralna Magistrala Kolejowa etap

II zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 22 marca 2022 r. za numerem 2022/s 057- 150417.

W dniu 1 kwietnia 2022 r. odwołanie wniósł wykonawca Thales Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Gen. Józefa Zajączka 9 Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa udzielonego przez członka zarządu i prokurenta z dnia 31 marca 2022 r. zgodnie z zasadami reprezentacji ujawnionymi w odpisie z KRS. Odwołanie zostało przekazane zamawiającemu w dniu 1 kwietnia 2022 r.

Odwołujący wniósł odwołanie na treść Specyfikacji Warunków Zamówienia („SWZ”), w postępowaniu, wobec następujących postanowień:

1) pkt 4.1.3 oraz 4.5.2 Projektu budowlanego, Zeszyt 3- Sterowanie ruchem kolejowym (stanowiącym załącznik nr 4 do PFU) wobec wprowadzenia dla urządzeń srk wymogu zastosowania systemu kontroli niezajętości opartej na systemie liczenia osi wyłącznie w wersji bez

elektroniki przytorowej;

2) pkt 4.8 Projektu budowlanego, Zeszyt 3 - Sterowanie ruchem kolejowym (stanowiącym załącznik nr 4 do PFU), gdzie po postanowieniu o treści: „Wszystkie tory szlakowe "Zw" - "ŁA" nr 1, 2, 3, 4 wyposażyć w komputerową jednoodstępową blokadę liniową z możliwością ustawienia zasadniczego kierunku ruchu w celu umożliwienia samoczynności przebiegów”, zamawiający w kolejnym zdaniu wprowadza dodatkowy kwestionowany przez odwołującego

wymóg, że „Dla zachowania jednolitości urządzeń, na wszystkich torach zastosować urządzenia typu CBL 2010."

3) par. 28 ust.8 Warunków umowy określający, że zapłata kary umownej nie pozbawia zamawiającego prawa dochodzenia na zasadach ogólnych odszkodowania przekraczającego wysokość zastrzeżonej kary umownej bez wskazania całkowitego limitu odpowiedzialności

wykonawcy.

4) Par.19 ust. 7 Warunków umowy uprawniający zamawiającego do żądanie od wykonawcy

usunięcia z Placu budowy (lub spowodowania usunięcie) każdej osoby zatrudnionej przy wykonaniu umowy na jakiejkolwiek podstawie prawnej, której usunięcia zażąda Inżynier lub

zamawiający, bez sprecyzowania, że z tego uprawnienia zamawiający może skorzystać tylko w przypadku ziszczenia się przesłanek wskazanych w par. 19 ust.6 Warunków umowy.
Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa:

1) art. 99 ust. 2 i 4 w związku z art. 16 pkt 1 i 3 PZP - przez wadliwe sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia, tj. sformułowanie wymagań zamawiającego z naruszeniem zasady proporcjonalności oraz w sposób utrudniający uczciwą konkurencję oraz równe traktowanie wykonawców, co prowadzi do bezpodstawnego uprzywilejowania niektórych wykonawców i wyeliminowania innych, w związku z określeniem w SWZ wymogów stanowiących o obowiązku zastosowania urządzeń i systemów określonego typu dla kontroli niezajętości torów i rozjazdów, która ma się odbywać przy wykorzystaniu liczników osi bez elektroniki przytorowej, a tym samym niedopuszczenie innego rozwiązania w tym zakresie. Powyższe utrudnia i ogranicza uczciwą konkurencję oraz wprowadza nierówne traktowanie wykonawców oraz jest nieuzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i nieproporcjonalne do jego celów.

2) art. 99 ust. 2 i 4 oraz ust. 5 w związku z art. 16 pkt 1 i 3 PZP - przez wadliwe sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia, tj. określenie w SWZ obowiązku, polegającego na tym, że dla zachowania jednolitości urządzeń, na wszystkich torach zastosować należy urządzenia typu CBL 2010, a przez to sformułowanie wymagań zamawiającego z naruszeniem zasady proporcjonalności oraz w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, co prowadzi do bezpodstawnego uprzywilejowania niektórych wykonawców i wyeliminowania innych, a także przez wprowadzenie obowiązku zastosowania przy realizacji zamówienia urządzenia konkretnego producenta, bez dopuszczenia rozwiązań równoważnych, a tym samym niedopuszczenie innych urządzeń. Powyższe utrudnia i ogranicza uczciwą konkurencję oraz wprowadza nierówne traktowanie wykonawców, a także jest nieuzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia oraz nieproporcjonalne do jego celów.

3) art. 16 pkt 3 PZP w zw. z art. 8 ust. 1 PZP, z uwzględnieniem art. 353(1) Kodeksu cywilnego („KC”) w zw. art. 5 KC - przez brak określenia limitu odpowiedzialności wykonawcy z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania Umowy. Tj. zgodnie z par. 28 ust.8 Warunków umowy ustanowieniu prawa dochodzenia na zasadach ogólnych odszkodowania przekraczającego wysokość zastrzeżonej kary umownej, bez określenia limitu tej odpowiedzialności. To prowadzi do ustanowienia nadmiernych i nieadekwatnych obciążeń wykonawcy, naruszających zasadę proporcjonalności, w szczególności w stosunku do specyfiki zamówienia i uwarunkowań i praktyk rynkowych, oraz naruszających zasadę równego traktowania i równości stron umowy, co powoduje nieuprawnione uprzywilejowanie zamawiającego. Takie jednostronne ustanawianie warunków umowy nie mieści się w granicach swobody zawierania umów i nie stanowi jej realizacji oraz stanowi przejaw czynienia ze swojego prawa użytku, który jest sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa oraz z zasadami współżycia społecznego.

4) art. 16 pkt 3 PZP w zw. z art. 8 ust. 1 PZP, z uwzględnieniem art. 353(1) KC w zw. art. 5

KC - przez określenie w par. 19 ust. 7 Warunków umowy uprawnienia zamawiającego do żądania od wykonawcy usunięcia z Placu budowy (lub spowodowania usunięcie) każdej osoby zatrudnionej przy wykonaniu zamówienia, której usunięcia zażąda Inżynier lub zamawiający, bez sprecyzowania okoliczności uzasadniających takie żądanie. Powyższe prowadzi w istocie do braku jakiejkolwiek kontroli zasadności podejmowanych przez zamawiającego decyzji o usunięciu osób wykonujących umowę i powoduje dezorganizację przy wykonywaniu umowy. Nadto prowadzi też do ustanowienia nadmiernych i nieadekwatnych obciążeń wykonawcy, naruszających zasadę proporcjonalności, w szczególności w stosunku do specyfiki zamówienia i uwarunkowań rynkowych, oraz naruszających zasadę równego traktowania i równości stron umowy, co powoduje nieuprawnione uprzywilejowanie zamawiającego. Takie jednostronne ustanawianie warunków umowy nie mieści się w granicach swobody zawierania umów i nie stanowi jej realizacji oraz stanowi przejaw czynienia ze swojego prawa użytku, który jest sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa oraz z zasadami współżycia społecznego.

Wniósł o:

1. Uwzględnienie odwołania w całości

2. Nakazanie zamawiającemu zmiany postanowień SWZ przez:

1) dokonanie w pkt 4.1.3) oraz 4.5.2) Projektu budowlanego zmiany przez wykreślenie w obu w/w postanowieniach słów "w wersji bez elektroniki przytorowej"

2) dokonanie w pkt 4.8) Projektu budowlanego zmiany przez wykreślenie ostatniego zdania, tj. określającego wymóg, że ”Dla zachowania jednolitości urządzeń, na wszystkich torach zastosować urządzenia typu CBL 2010.", alternatywnie zmiany wskazanego punktu Projektu budowlanego przez dopuszczenie urządzeń równoważnych;

3) dokonanie w par. 28 ust. 8 Warunków umowy zmiany przez dodanie na końcu kolejnego zdania o treści„ Odpowiedzialność wykonawcy ograniczona jest do kwoty stanowiącej 100 % całkowitej wartości Wynagrodzenia brutto określonego w § 31 ust. 2 Umowy. Niniejszy ustęp nie ogranicza pełnej odpowiedzialności wykonawcy w jakimkolwiek przypadku szkody powstałej z jego winy umyślnej."

4) dokonanie w par. 19 ust. 7 Warunków umowy (zdanie pierwsze) zmiany przez dodanie na końcu zdania podkreślonych słów „wykonawca usunie z Placu budowy (lub spowoduje usunięcie) każdą osobę zatrudnioną przy wykonaniu Umowy na jakiejkolwiek podstawie prawnej, której usunięcia zażąda Inżynier lub zamawiający, w przypadku zaistnienia jakiejkolwiek z przesłanek wskazanych w ust. 6 powyżej”.

3. zasądzenie na rzecz odwołującego kosztów postępowania według norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa prawnego.

Nadto o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów wskazanych w treści odwołania (wynikających z dokumentacji postępowania), załączonych do odwołania, a także złożonych na rozprawie.

Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Odwołujący posiada wiedzę i doświadczenie dające rękojmię jego należytego wykonania. Odwołujący jest podmiotem profesjonalnym, który w ramach swojego przedsiębiorstwa specjalizuje się w realizacji zamówień takich jak objęte przedmiotem tego przetargu i jest zainteresowany złożeniem oferty w przedmiotowym postępowaniu, a zatem potencjalnie może uzyskać zamówienie. Jednakże w świetle naruszenia przez zamawiającego powyżej wskazanych przepisów PZP, zostaje on pozbawiony realnej możliwości udziału w postępowaniu i tym samym

możliwości uzyskania zamówienia i w konsekwencji pozbawiony zostaje realnych korzyści finansowych wynikających z tytułu jego realizacji. Powołał wyrok z dnia 19.05.2017 r. (sygn. akt KIO 903/17) , wyrok KIO z 12.07.2017 r., sygn. akt KIO 1331/17.

Do postępowania odwoławczego nikt nie przystąpił.

W dniu 12 kwietnia 2022 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o:

1) umorzenie odwołania w zakresie zarzutu zawartego w pkt 1, 2 odwołania z uwagi na uwzględnienie tych zarzutów przez zamawiającego przez zmianę SWZ;

2) oddalenie odwołania w zakresie zawartym w pkt 3 odwołania, a w konsekwencji oddalenie wniosku o zmianę § 28 ust. 8 Warunków umowy przez dodanie na końcu kolejnego o treści:

„Odpowiedzialność Wykonawcy ograniczona jest do kwoty stanowiącej 100 % całkowitej wartości Wynagrodzenia brutto określonego w § 31 ust. 2 Umowy. Niniejszy ustęp nie ogranicza pełnej Wykonawcy w jakimkolwiek przypadku szkody powstałej z jego winy umyślnej.";

3) oddalenie odwołania w zakresie zawartym w pkt 4 odwołania, a w konsekwencji oddalenie wniosku o zmianę w §19 ust. 7 Warunków umowy (zdanie pierwsze) przez dodanie na końcu zdania podkreślonych słów „Wykonawca usunie z Placu budowy (lub spowoduje usunięcie) każdą osobę zatrudnioną przy wykonaniu Umowy na jakiejkolwiek podstawie prawnej, której

usunięcia zażąda Inżynier lub Zamawiający, w przypadku zaistnienia jakiejkolwiek z przesłanek wskazanych w ust. 6 powyżej";

4) o obciążenie kosztami postępowania odwoławczego odwołującego, w tym zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów zastępstwa przed Krajową Izba Odwoławczą.

5) dopuszczenie dowodu z następujących dokumentów:

a) publikacja ogłoszenia o zamówieniu

- na okoliczność wskazania daty wszczęcia postępowania przetargowego, wyznaczonej daty składania ofert

b) Pismo zamawiającego znak IREZA1.293.9.2022.u.5 z dnia 5 kwietnia 2022 r. (modyfikacja SWZ)

- na okoliczność uwzględnienia przez zamawiającego zarzutu zawartego w pkt 1 i 2 odwołania

c) TOM II SWZ, Warunki Umowy

- na okoliczność bezprzedmiotowości zarzutu zawartego w pkt 4 odwołania z uwagi na treść §19 ust. 7 Warunków Umowy, która uwzględnia żądania odwołującego w odniesieniu zarzutu zawartego w pkt 4 odwołania

d) dokument bazowy WU projektuj i buduj unijne

- na okoliczność bezzasadności zarzutu zawartego w pkt 3 odwołania, umowy zamawiającego co do zasady nie przewidują ograniczenia odpowiedzialność odszkodowawczej wykonawców.

W dniu 15 kwietnia 2022 r. odwołujący oświadczył, że cofa odwołanie wniesione w dniu 1 kwietnia 2022 r., w zakresie zarzutów 3 oraz 4, w związku z uwzględnieniem przez zamawiającego zarzutów 1 i 2 w dniu 12 kwietnia 2022. Ponadto na podstawie § 9 ust. 1 pkt 2) lit b) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania, w związku z uwzględnieniem przez zamawiającego części zarzutów pismem z dnia 12 kwietnia 2022, odwołujący wniósł o zwrot całości kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Izba zważyła, co następuje:

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy.

Izba ustaliła, że do postępowania odwoławczego nikt nie przystąpił.

Izba uznała, że odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia i możliwość poniesienia szkody jako przesłanki materialnoprawne dopuszczalności odwołania z art. 179 ust. 1 ustawy.

Zgodnie z art. 186 ust. 3a ustawy w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego, Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.

Jak wynika z ustalonego stanu faktycznego, zamawiający uwzględnił część zarzutów odwołania, odwołujący cofnął pozostałe zarzuty, a do postępowania nikt nie przystąpił. Tak ustalony stan faktyczny nadaje się do subsumpcji pod normę art. 186 ust. 3 a, co obliguje Izbę do umorzenia postępowania odwoławczego.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania wydano na podstawie art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy oraz § 5 ust. 1 pkt 2 a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238, zm. Dz.U z 2017 r., poz. 47), z których wynika, że jeżeli zamawiający uwzględnił w części zarzuty przedstawione w odwołaniu, a pozostałe zarzuty zostały przez odwołującego wycofane przed rozpoczęciem rozprawy, koszty postępowania znosi się wzajemnie, a odwołującemu zwraca się z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwotę uiszczona tytułem wpisu. Izba wzięła pod uwagę, że przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego są roboty budowalne, a odwołujący uiścił wpis w wysokości 20 000zł., w konsekwencji Izba nakazała zwrot tej kwoty.

Przewodniczący: .....